

DISCRIMINAÇÃO RACIAL E DECISÃO JUDICIAL *

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Uma das preocupações modernas nos estudos da ciência jurídica é a dimensão dos processos judiciais. Cada vez mais o Direito é aquele aplicado pelos Juízes e Tribunais.

O principal filósofo do Direito da atualidade, **Ronald Dworkin**, autor do *Império do Direito*, adverte sobre a importância do modo como os Juízes decidem os casos. E lembrando um dos mais famosos Magistrados dos Estados Unidos, que dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos, afirma que os processos judiciais são também importantes em outro aspecto que não pode ser avaliado em termos de dinheiro, nem mesmo de liberdade:

Há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública. Um juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo. Se esse julgamento foi injusto, então a comunidade terá infligir um dano moral a um dos seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora-da-lei. O dano é mais grave quando se condena um inocente por um crime, mas já é bastante considerável quando um queixoso com uma alegação bem fundamentada não é ouvido pelo tribunal, ou quando um réu dele sai com um estigma imerecido

(págs. 3/4).

O Direito positivo encontra no poder institucionalizado a sua forma de eficácia. A lei é a referência do Juiz, mas é, também, uma massa

* Painel Justiça e Discriminação Racial da XVII Conferência Nacional dos Advogados, promovida pelo Conselho Federal da OAB. Setembro de 1999.

de modelagem que autoriza um alcance sem limites muito definidos, de acordo com a realidade de cada tempo histórico. E o artífice dessa operação é sempre um Juiz, intérprete soberano da lei.

Na tradição dos países de formação constitucional racional-normativa, que estruturam a sua ordem jurídica a partir de um documento escrito de uma só vez, elaborado por um corpo representativo, eleito apenas para esse fim, a realização institucionalizada da Justiça faz repousar em um agente do Estado o destino da aplicação do Direito, a partir da conformidade das leis ao documento básico, a Constituição. Com isso, a história constitucional ganha a sua própria importância com a declaração dos direitos fundamentais, dos direitos do homem e do cidadão, que se toma incontestável pelo sistema de controle constitucional e que está na raiz da própria vida do Direito Constitucional.

Esse quadro legal, que concentra o monopólio da prestação jurisdicional no Poder Judiciário, tende a submeter o juízo da opinião pública ao império do direito como reconhecido pelos Juízes e Tribunais. E, certamente, quando o Tribunal da opinião pública substitui o Direito emanado das Cortes, aí, sim, está o arbítrio.

Um dos mais relevantes aspectos da vida social, da construção da cidadania, é, exatamente, o conhecimento da formação das decisões judiciais, que refletem, em certa medida, a cultura da sociedade, a partir do sistema de convicções que rege a vida do presente, projetando-se para o futuro.

Se tomarmos no campo de nossa mesa de debates a jurisprudência americana, mesmo já presente a 14^a Emenda, vamos sentir como é verdadeira essa assertiva.

Em 1880, no caso *Strauder vs. West Virginia*, Justice Strong, que conduziu a maioria, anotou que a 14^a Emenda era uma provisão constitucional, dentre outras, com o objetivo de assegurar aos negros o

gozo de direitos civis que são desfrutados pelas pessoas de cor branca, garantindo tais direitos sempre que ameaçados pelos estados.

Dezesseis anos depois, em 1896, no caso *Plessy vs. Fergusson*, a Corte manteve uma lei do Estado de Louisiana que estabeleceu igual, mas separada, acomodação nos transportes para negros e brancos. Nasceu a chamada doutrina da separação com igualdade ("separate but equal"). O que disse a Corte, então, pela voz do Justice Brown? Disse que o objetivo da 14^a Emenda é, indubitavelmente, realizar a plena igualdade das duas raças diante da lei, mas, de acordo com a natureza das coisas, a emenda não teve a intenção de abolir as distinções baseadas na cor. A lei, entendeu a maioria da Corte, permite, quando não exige, a separação, o que não significa inferioridade de nenhuma raça em relação a outra, sendo, de resto, tal matéria da competência dos estados no exercício do seu poder de polícia. Justice Harlan, dissentido, acentuou que sob a Constituição e as leis não existe nenhuma raça superior, nenhuma casta. Para a divergência, a arbitrária separação dos cidadãos em razão de sua cor, nos transportes, é inconsistente com as liberdades civis e com a igualdade diante da lei estabelecida na Constituição.

Em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education*, com voto condutor do Chief Justice Warren, vem o precedente que teve maior repercussão. A questão enfrentava, na verdade, o precedente *Plessy vs. Fergusson*, aplicado pelas cortes inferiores, com base na doutrina "separate but equal", ou seja, há igualdade de tratamento quando as raças têm substancialmente as mesmas facilidades, embora tais facilidades sejam separadas. No caso, questionava-se a matrícula de pessoa de cor negra em escolas públicas para brancos. Chief Justice Warren rememorou os precedentes sobre a matéria, mostrou que a educação era a mais importante função do Estado e dos governos locais, concluindo que a segregação de negros e brancos em escolas públicas

tinha um efeito prejudicial para as crianças da cor negra, com grande impacto diante de previsão legal, denotando a inferioridade da raça negra. E mais ainda, que a segregação sancionada pela lei tende a retardar a educação e o desenvolvimento mental das crianças negras, além de privá-las de alguns benefícios que poderiam receber com uma escola racialmente integrada. E arrematou em definitivo: a doutrina "separate but equal" na educação pública não tem lugar e qualquer disposição do caso Plessy vs. Ferguson contrária a isso está rejeitada. Posteriormente, a Corte enfrentou a execução do caso e adotou a expressão muito criticada, diante das dificuldades práticas da integração, "with all deliberate speed".

Esse exemplo da jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos serve bem ao propósito de identificar o direito de igualdade, da igualdade de todos perante a lei, no campo da discriminação racial, menos ao Direito positivo, de existência de leis protetivas, do que a uma interpretação da disciplina jurídica positiva a partir da Constituição.

É claro que o nosso país, pela sua própria formação étnica, não se defronta com os mesmos problemas enfrentados pelos Estados Unidos. Mas é preciso não esquecer que as diferenças raciais não podem e não devem ser relegadas a um plano secundário, ainda mais, considerando os aspectos dominantes da vida internacional moderna, a dita globalização. Basta ver os exemplos recentes na Europa, com inúmeras reações ao processo migratório, pouco importando que o fundamento, o "ground", seja de ordem econômica.

As sociedades nacionais devem estar atentas a essa realidade. E devem estar atentas ao processo judicial, de onde deve partir a aplicação do Direito, em um país como o nosso de tradição constitucional racional-normativa.

O processo de aplicação do Direito começa com a identificação da causa, da situação de fato, das circunstâncias concretas. É nesse momento que o Juiz começa a despertar a sua consciência para a noção de Justiça. Quem está com a razão? E o labor de interpretação do Juiz, diante da lei, não é isolado da realidade. O Juiz não é neutro quando interpreta uma lei. Ele está nessa ocasião revelando o seu sistema de convicções, que serve de inspiração na descoberta da regra e na sua incidência ao caso concreto. E assim é sempre porque o Julgador, que tem o limite da lei, não apenas a aplica. Ele tem uma função criadora, reconstruindo o fato para avaliar as circunstâncias às quais atribui relevo, escolhendo a regra jurídica incidente, dando-lhe o alcance, a extensão, o tempero, com os olhos postos na realização da Justiça. Nesse trabalho faz valorações, e tem presente, consciente do que deve ser o seu papel social, a chamada lógica do razoável, a grande contribuição de Recaséns Siches, que

está condicionada pela realidade concreta do mundo em que opera: está impregnada de valorações, isto é, de critérios estimativos ou axiológicos, o que a distingue decisivamente da lógica do racional; tais valorações são concretas, isto é, estão referidas a uma determinada situação humana real; as valorações constituem a base para estabelecimento dos fins; a formulação dos fins não se fundamenta exclusivamente sobre valorações, mas está condicionada pelas possibilidades da realidade humana concreta; a lógica do razoável está regida por razões de congruência ou adequação: entre os valores e os fins; entre os fins e a realidade concreta; entre os fins e os meios; entre fins e meios e a correção ética dos meios; entre fins e meios e a eficácia dos meios; por último, a lógica do razoável está orientada pelos ensinamentos da experiência histórica.

Nesse especial contexto, uma das mais importantes tarefas da sociedade como um todo, para preservar a convivência humana, é manter-se mobilizada para garantir a plena eficácia dos artigos 3º, IV, e 5º da Constituição Federal.

Estando a sociedade consciente da igualdade natural entre os homens, ficará mais distante a discriminação racial, que agride o ser humano e mancha a história dos povos livres e independentes.